

# Breves comentarios sobre el daño y su indemnización<sup>1</sup>

•  
Luís Fernando Ternera Barrios<sup>2</sup>

Francisco Ternera Barrios<sup>3</sup>

•  
Recibido: marzo 14 de 2008

Aprobado: abril 23 de 2008

## Resumen

En este ensayo nos ocuparemos del daño o perjuicio en Colombia. Con esta expresión nos referimos a dos institutos: lesión, detrimento o destrucción de un derecho patrimonial –daño patrimonial–, y lesión o destrucción de un derecho extrapatrimonial –daño extrapatrimonial–. Estas dos variedades de daño pueden ser objeto de indemnización. Sin embargo, esta indemnización reconocida perseguirá objetivos diferentes: reparación del daño patrimonial y compensación del daño extrapatrimonial.

- 
- 1 Este trabajo es uno de los productos finales del proyecto de investigación intitulado "Los regímenes de indemnización de perjuicios en el derecho colombiano", proyecto de investigación ya terminado.
  - 2 El proyecto en comento fue desarrollado desde el 2003 por la Línea de investigación de Derecho Civil del Grupo Carlos Holguín Holguín. El proyecto fue financiado en su totalidad por la Universidad del Rosario.
  - 3 En su desarrollo se contó con la participación de 8 estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. El proyecto se apoyó en varios trabajos de campo, indagación y análisis. Entre sus productos publicados se destacan los siguientes artículos: i) Mantilla, Fabricio y Ternera, Francisco. Artículo en revista indexada: La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual. Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes, 33, Bogotá, diciembre de 2004, pp. 53 a 70, (ISSN 0121-0696); ii) Mantilla, Fabricio y Ternera, Francisco. Artículo en libro colectivo internacional: Temas de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídicos. Colección Derecho Privado. Tomo I, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, 2004 (ISSN 0716-727-X); iii) Ternera, Francisco y Mantilla, Fabricio. Artículo en revista indexada: La responsabilité du plein droit du fait des activités dangereuses. Revista de estudios socio jurídicos. Universidad del Rosario, v. 6, n.2, pp. 386-405, Bogotá, 2004 (ISSN 0124-0579) y iv) Ternera, Francisco. Artículo en revista internacional: El daño como elemento de la responsabilidad en Colombia. Revista Anales Derecho. No. 3. Temas de responsabilidad civil. Universidad Católica de Chile y Legis. Santiago de Chile, 2008 (ISBN 978-956-7498-33-8).

Agradecemos muy especialmente las notas y apoyo de nuestros amigos Diana Therán y Diego Herrera.

Luis Fernando Ternera B. es Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado. Cursos de posgrado destacados: The Seven Habits of Highly Effective People. Course. Covey Leadership Center Inc. 1996 y Advanced Negotiation Program. University of California. Berkeley 1996. Actualmente se desempeña como Presidente de la Junta Directiva de FEDEGAN. Se ha destacado como catedrático de Responsabilidad Civil de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: lfternera@hotmail.com.

Francisco Ternera B. es Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista (D.S.U.) y Master (D.E.A.) en Derecho Privado de la Universidad París II. Actualmente es Profesor Principal de tiempo completo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: franciscoternera@yahoo.com.

### ***Palabras clave***

Daño, perjuicio, daño extrapatrimonial, daño patrimonial, daño moral, daño material, indemnización, responsabilidad, reparación y compensación.

## ***Short Comments on Damage and Indemnification***

### ***Abstract***

In this document we will take care of the damage in Colombia. With this expression we talked about two institutes: injury, damage or destruction of a patrimonial right - patrimonial damage- and injury or destruction of a extrapatrimonial right - extrapatrimonial damage-. These two varieties of damage can be indemnity object. Nevertheless, this recognized indemnification will persecute different objectives: repair of the patrimonial damage and compensation of the extrapatrimonial damage.

### ***Key Words***

Damage extrapatrimonial damage, patrimonial damage, indemnity, liability, compensation

## INTRODUCCIÓN

En estas breves notas presentaremos algunos comentarios relacionados con el daño o perjuicio<sup>4</sup> en Colombia, un elemento *sine qua non* de los regímenes de responsabilidad.

Los hechos productores del daño, en los regímenes subjetivos de responsabilidad, son la culpa o el dolo de un sujeto normativo. En materia probatoria, estos regímenes permiten dos modalidades: *régimen por culpa probada* (i), en los cuales el demandante debe probar, además del daño sufrido, el hecho culposo del agente y el nexo causal (v.gr. Artículo 2341 C.C.) *régimen por culpa presunta* (ii), en que el demandante debe probar el daño sufrido, el hecho del agente y el nexo causal; ahora, el carácter culposo del hecho del agente se presume (v. gr. artículo 2353 C.C.)<sup>5</sup>.

Por su parte, en los regímenes objetivos<sup>6</sup>, la culpa o el dolo no son elementos necesarios de la responsabilidad. Estos regímenes no se apoyan en juicio de valor alguno de la conducta del sujeto normativo; simplemente califican su proceder de forma general y abstracta.

“Daño”, en un sentido jurídico, puede tomarse como la lesión, detrimento o des-

trucción de un derecho patrimonial –v.gr. quebranto de un derecho real o personal– o extrapatrimonial –v.gr. menoscabo de un derecho personalísimo-. En el primero de los casos, hablamos del daño patrimonial –también denominado material-. En el segundo, nos referimos al daño extrapatrimonial –también llamado inmaterial o moral- .<sup>7</sup>

Estos dos arquetipos de daño pueden ser objeto de indemnización. Sin embargo, como lo veremos más adelante, la indemnización reconocida a la víctima perseguirá objetivos diferentes.

Estudiaremos, en una primera parte, la génesis del daño (I). En segundo lugar, hablaremos de sus consecuencias (II).

## I. GÉNESIS DEL DAÑO RESARCIBLE

De manera reiterada, desde la jurisprudencia y la doctrina se exige que el daño sea directo, cierto y legítimo (A). Además, deben reconocerse como verdaderos daños reparables algunas situaciones especiales (B).

### A. Condiciones generales del daño

Desde la jurisprudencia se exigen tres condiciones para que un daño sea objeto de repa-

4 Identificamos el concepto de daño con el de perjuicio. Sin embargo, en cierta doctrina se presenta una distinción terminológica para afirmar que el perjuicio es la consecuencia del daño. Para efectos de nuestro breve análisis, esta distinción nos parece irrelevante.

5 Sin embargo, el agente siempre podrá exonerarse probando en contrario. “Una presunción de culpa debe obligatoriamente ceder ante la prueba de la ausencia de culpa” (Larroumet & Bénac-Schmidt, 1989, p. 8).

6 Por ejemplo, el régimen de responsabilidad por daños causados en desarrollo de actividades peligrosas, creado por la jurisprudencia colombiana en los años treinta, mediante una interpretación finalista del texto del artículo 2356 C.C. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación Civil. (1938, 14 de marzo) y Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación Civil. (1938, 31 de mayo). Al respecto, consúltese: Ternera y Mantilla. (2004 A) y Ternera y Mantilla (2004 B). Sobre la culpa, véase Ternera y Mantilla (2005, p. 213)

7 “Este concepto comporta aflicción, dolor, angustia y en general, padecimientos varios, o como ha solido decirse, dichas consecuencias “son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y cada cual siente o experimenta a su modo”. Consejo de Estado de Colombia (1998, 10 de septiembre).

ración: este debe ser directo (1), cierto (2) y legítimo (3)<sup>8</sup>.

1. Cuando hablamos del carácter “directo” del daño, en realidad nos referimos al nexo de causalidad (De Cupis, 1975, p. 247)<sup>9</sup>, otro elemento *sine qua non* de los regímenes de responsabilidad. La relación de causalidad es el enlace que se reconoce entre dos fenómenos jurídicos: la causa y el efecto jurídico. Se trata del “nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto”.
2. Asimismo, el daño debe ser cierto, veraz, real. El juez debe estimar como evidente el actual o futuro empobrecimiento patrimonial o la actual o futura trasgresión de un derecho extrapatrimonial. La prueba del daño le corresponde a la víctima, so pena de que la acción de responsabilidad no prospere<sup>10</sup>.

En efecto decimos que el actor debe probar la existencia del daño –*cur debeatur*–. Concretamente, nos referimos a los perjuicios patrimoniales o materiales -daño emergente o lucro cesante, artículos 1613 y 1614 C.C.-. De manera concreta se afirma desde la jurisprudencia que el “*fundamento de cualquier condena por perjuicios materiales es su demostración idónea*” (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil, 1999, 5 de octubre).

Desde luego, para que se pueda indemnizar, debe existir claridad en cuanto a la intensidad del daño –*quantum debeatur*–. Ahora bien, la falta de prueba de la cuantía del daño por el querellante debe ser suplida por el juez de instancia, en desarrollo de su deber de decretar pruebas de oficio, en los términos del artículo 307 C. de P.C. Es decir, como se afirma en un fallo, este precepto “*vedó, como principio general, las condenas en abstracto o in genere y, por ende, la absolución por la falta de determinación de una condena concreta*”<sup>11</sup>. Igualmente, en los términos de los artículos 172 del C.C.A. y 137 C. de P.

8 Ver Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Generales. (1946, 27 de septiembre); Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Generales. (1960, 29 de agosto) y Corte Constitucional de Colombia (2007).

9 El artículo 1616 del Código civil colombiano hace referencia a esta relación de causalidad. Según este artículo -en materia de responsabilidad contractual-, el deudor que no ha actuado con dolo solamente responde de los perjuicios previsibles al tiempo del contrato. En estos términos, respecto de la responsabilidad contractual, el legislador impuso una calidad adicional del perjuicio: su carácter previsible. Desde luego, la exigencia de este requisito adicional del daño, en sede contractual, nos regala una diferencia capital entre las dos responsabilidades: el perímetro de reparación de la responsabilidad aquiliana será mucho más vasto.

10 “Actore non probante, reus est absolvendus”. Véase a: Colombia. Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (1992, 12 de febrero) y Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (1994, 18 de abril). La fórmula probática, como lo advierte la doctrina, puede ser documental, testifical, pericial, por reconocimiento judicial o por trasplante de pruebas del proceso penal al civil, entre otros. Véase a Muñoz (1995).

En la jurisprudencia se ha aclarado que existe libertad de medios probatorios, tales como documentos, indicios, confesión, declaraciones de terceros, inspecciones judiciales y dictámenes de peritos. Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (2000, 28 de junio).

11 Ver Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (2004, 2 de marzo). En el mismo sentido, Corte Constitucional de Colombia. (2005).

C., la víctima puede apoyarse en el incidente de liquidación de perjuicios<sup>12</sup>. Finalmente, en determinadas ocasiones, la jurisprudencia colombiana se ha servido de algunas presunciones. Sirva de ejemplo la presunción del rubro *lucro cesante* cuando fallece o se lesiona a una persona con actividad productiva. El juez colombiano presume que el daño patrimonial sufrido por la víctima es por lo menos equivalente al salario mínimo legal (Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera, 1996 A, 12 de diciembre).

Para terminar, en cuanto al daño extrapatrimonial o moral, debe precisarse que al demandado le corresponde la prueba de la “consistencia y realidad del daño moral padecido” y si se persigue la indemnización del daño extrapatrimonial padecido por el *de cuius*, además, se debe probar el título hereditario invocado que legitima al demandante en el ejercicio de la pretensión indemnizatoria para el reconocimiento del perjuicio moral (Consejo de Estado de Colombia, 1998, 10 de septiembre). Por lo demás, el monto de indemnización del daño extrapatrimonial - también denominado moral o inmaterial- se ha dejado al *adbitrium iudicis*<sup>13</sup>.

**3.** El daño se nos presenta como la lesión de un derecho patrimonial o extrapatrimonial legítimo. Se exige que el derecho vulnerado esté protegido por el ordenamiento.

Desde luego, no todos los daños que se verifican en la vida en sociedad son jurídi-

camente reparables. En nuestras sociedades encontramos diferentes perjuicios que no son objeto de reparación alguna. Pensemos, por ejemplo, en los perjuicios económicos y morales que pueden sufrir los profesionales, comerciantes, agricultores y empresarios por los diferentes actos de competencia leal, propuestos en el mercado o en los daños padecidos, dentro de los límites del caso, por un deportista que se expuso voluntariamente a una actividad riesgosa<sup>14</sup>.

## B. Daños especiales reparables

En este segundo segmento, nos ocuparemos de ciertos daños especiales que también son reparables: el daño futuro (1) y el daño por rebote (2).

**1.** El daño futuro, siempre que sea cierto, puede ser reparado. Nuestra jurisprudencia ha estimado que el perjuicio futuro cierto debe presentarse como “*la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual, susceptible de estimación inmediata*” (Consejo de Estado de Colombia, 1967, 28 de junio, p. 296). Concretamente, nos referimos a las consecuencias futuras del daño que razonablemente deban producirse después de la fecha de la sentencia (Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera, 2001, 10 de agosto).

De igual manera, el daño ocasionado por la *pérdida de una oportunidad* debe considerarse como directo y cierto, siempre que se verifique la eliminación de la probabilidad

12 Véase a: Consejo de Estado de Colombia. (1997, 22 de mayo), Consejo de Estado de Colombia. (1994, 6 de abril). En la doctrina: Henao (1998, p. 42). En definitiva, a partir de los medios probatorios que acreditan la existencia del daño, tales como documentos, indicios, confesión, declaraciones de terceros, inspecciones judiciales y dictámenes de peritos, también se puede demostrar su cuantía.

13 Sobre el particular, el Consejo de Estado ha considerado que el tope máximo del valor del perjuicio moral equivale a cien 100 salarios mínimos legales mensuales. Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2001, 6 de septiembre).

14 Véase a: Terré, Simler y Lequette (1999). Igualmente, consúltese a: Viney (1982).

de un elemento favorable (Boré, 1974)<sup>15</sup>. Esta expresión se acoge, por ejemplo, cuando la probable existencia o extensión del perjuicio depende de un aconteciendo aleatorio al cual la víctima no ha podido concurrir –v.gr. un profesional en un concurso de méritos, un atleta en una competencia deportiva, una empresa en una licitación<sup>16</sup> o un demandante en una apelación<sup>17</sup>–.

2. El daño, patrimonial y extrapatrimonial, para que sea objeto de reparación, no tiene que ser padecido forzosamente por una víctima directa o inmediata. En efecto, también es reparable el daño que se extiende a otras personas -diferentes de la víctima directa-. Hablamos del daño por rebote o contragolpe<sup>18</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la pena que experimenta una persona por el dolor físico que padece un ser querido -daño extrapatrimonial por rebote- o en su detrimento patrimonial por la interrupción de la profesión que ejercía la víctima inmediata -daño patrimonial por rebote-.

En este orden de ideas, el tercero que persigue resarcimiento, actuando en *iure proprio*, deberá

probar su interés y su detrimento personal económico, causado como una necesaria y directa extensión de aquel asumido por la víctima inmediata (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil, 1996, 12 de septiembre). Desde luego, reconocido como un perjuicio que se deriva de un daño primigenio, el perjuicio por rebote solamente es indemnizable en la medida que lo sea igualmente aquel que sirvió de fuente<sup>19</sup>.

## II. CONSECUENCIAS DEL DAÑO RESARCIBLE: SU INDEMNIZACIÓN

Todo derecho lesionado requiere una indemnización “a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1922, 21 de julio, p. 218). Desde luego, esta indemnización debe ser integral. Esto es, debe extenderse respecto de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.<sup>20</sup>

Cuando un derecho patrimonial se ve lesionado o afectado negativamente, nos encontramos frente a un daño patrimonial, directa-

15 En el derecho anglosajón el instituto conocido como “loss of a chance” ha tenido un importante desarrollo. Véase a: Deakin, Johnston y Markesinis (2003).

Ordenamientos como el alemán, en términos generales, parecen no reconocer como reparables este tipo de daños. Véase a Berg (2006).

16 La Cour de Cassation francesa, con el célebre fallo “Chronopost”, aborda ampliamente esta materia. El caso sub examine se refería a la celebración de un contrato de transporte rápido cuyo objeto consistía en la entrega, al día siguiente, de unos pliegos de licitación. Cour de Cassation (1996, 22 de octubre)

17 Ver Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Generales. (1951, 6 de julio); y Consejo de Estado de Colombia. (1967, 28 de junio, p. 297).

18 Véase a: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (2005, 18 de mayo).

19 Consúltase a Malaurie, Philippe y Aynès (1997, p. 59).

20 En este sentido, los artículos 2341 y 2356 C.C. se ocupan de “todo” tipo de daño. De manera puntual se asegura en nuestra normativa que en los procesos presentados ante los estrados judiciales, “(...) la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (artículo 16 de la ley 446 de 1998).

Por su parte, como ya se indico, en materia contractual el artículo 1616 C.C. parece limitar la indemnización a los daños previsibles, salvo si se puede imputar dolo al deudor.

mente susceptible de evaluación pecuniaria o patrimonial. Por su parte, si lo que se ve afectado es un derecho extrapatrimonial, el daño recibe el nombre de extrapatrimonial.

Sobre el particular, aclaramos que en Colombia los daños patrimoniales son referenciados como *materiales* y los extrapatrimoniales como *inmateriales*<sup>21</sup>. Pensamos que estas expresiones no son afortunadas toda vez que la *inmaterialidad* no es sinónimo de *extrapatrimonialidad*. Antes bien, una variedad muy importante de los bienes, respecto de los cuales se reconocen derechos patrimoniales, son los denominados bienes inmateriales, como las obras literarias, artísticas y científicas, signos distintivos –v.gr. marcas, lemas comerciales y nombres comerciales–, invenciones industriales –v.gr. patentes y diseños industriales–, la prestación misma, etc.<sup>22</sup>

En esta segunda parte nos ocuparemos, pues, de la indemnización del daño. Veremos que en cuanto a los daños patrimoniales se trata de una verdadera reparación (A), mientras que respecto de los daños extrapatrimoniales se consagra una mera compensación (B).

### A. Reparación del daño patrimonial

Se trata de un empobrecimiento patrimonial por la lesión o destrucción presente o futura de un derecho patrimonial.

Se debe reconocer como perjuicio patrimonial reparable cualquier lesión, presente o futura, de un derecho patrimonial –real o

personal– que se tenga sobre un bien material –v.gr. inmueble o mueble– o inmaterial –v.gr. la prestación, obras literarias, artísticas, científicas, marcas, patentes, etc. –

El artículo 1613 C.C. se refiere al daño emergente y lucro cesante<sup>23</sup>. Con el primero hay una lesión de un derecho patrimonial; con el segundo se reconoce la reparación por el entorpecimiento de un enriquecimiento cierto. Al parecer, el criterio diferenciador de uno y otro es la salida de un derecho patrimonial –daño emergente– o su *no ingreso* –lucro cesante–. En definitiva, con estos arquetipos del daño patrimonial se produce un empobrecimiento en el patrimonio de la víctima. La reparación persigue, pues, restablecer la situación patrimonial de la víctima.

Consideramos que la indemnización de los perjuicios patrimoniales cumple con una función estrictamente reparatoria<sup>24</sup>: restablecer el contenido de un patrimonio empobrecido por el daño. Con la indemnización se pretende, entonces, borrar cualquier vestigio del daño que se concentró en el patrimonio de la víctima.

### B. Compensación del daño extrapatrimonial

En la doctrina se suelen llamar frecuentemente *morales*, por referencia a la expresión francesa *dommage moral*.

El daño extrapatrimonial es la lesión o destrucción de un derecho extrapatrimonial. Sirvan de ejemplo la lesión de derechos personalísimos

21 Ver Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2005, 5 de mayo) y Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2006, 16 de agosto).

22 Respecto de las distintas variedades de bienes consúltese a: Ternera (2007, p. 102).

23 No solamente respecto de la responsabilidad civil contractual, sino, igualmente, respecto de la responsabilidad civil extracontractual. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Generales. (1945, 25 de abril, p. 717).

24 Según el Diccionario de la lengua española, reparar es "arreglar una cosa que está rota o entorpecida". Real Academia Española. (1992). En Diccionario de la lengua española (pp. 1771). Madrid, España.

o de los valores o sentimientos que puede experimentar una persona natural o jurídica. Ahora, nótese que el daño extrapatrimonial no se refiere exclusivamente a sufrimientos morales o sensaciones dolorosas experimentadas por las personas naturales. Así, por ejemplo, el daño extrapatrimonial puede estar relacionado con el menoscabo de la reputación o prestigio profesional de una persona natural o jurídica, sin que sea relevante la amargura o pesadumbre del sujeto que la sufre<sup>25</sup>.

Pensamos que la indemnización de los daños extrapatrimoniales no tiene un carácter estrictamente reparativo. En efecto, con la indemnización se reconoce, en compensación por la pérdida de un derecho extrapatrimonial, la titularidad de un derecho patrimonial. Es decir, prescindiendo de eufemismos, sostenemos que la indemnización del daño extrapatrimonial ofrece a la víctima un justo enriquecimiento patrimonial que viene a “contrabalancear” o “mitigar” la privación de un derecho extrapatrimonial<sup>26</sup>.

En sede excontractual, el daño extrapatrimonial se puede reconocer por el dolor sufrido por la víctima de un accidente –*pretium doloris*–.

Se trata de indemnizar el tormento síquico y físico que producen las lesiones del suceso dañino (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, 1982, 6 de agosto). Este daño extrapatrimonial también se puede extender por *rebote o contragolpe* a los parientes cercanos de la víctima (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, 1996, 25 de abril).

Se reconoce la indemnización del dolor sufrido por la muerte de un ser querido –*pretium affectionis*–, como el esposo (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, 1994, 28 de noviembre), compañero permanente (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, 1996, 17 de octubre), hijo (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, 1996, 22 de agosto), hermano (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, 1996, 21 de noviembre) o abuelos (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, 2001, 6 de septiembre)<sup>27</sup>. Asimismo, es indemnizable el dolor producido por lesiones corporales –*pretium integritatis*–, como un perjuicio estético por cicatrices –*pretium pulchritudinis*–<sup>28</sup>.

Especial mención merece el daño calificado como *perjuicio a la vida de relación* –*préjudice*

25 Véase a: De Cupis (1975). En la doctrina latinoamericana, sobre el daño moral, consúltese a: Domínguez (2000). Igualmente a: Tamayo (1999) y Tamayo (2007).

26 Sobre el particular, recomendamos el siguiente texto: Starck (1972, p. 57-58).

En cierto fallo se ha visto en esta variedad de daños una aplicación de la institución anglosajona de los daños punitivos. Véase a: Consejo de Estado de Colombia. (1973, 7 de junio, p. 313).

Sobre el particular, pensamos que el objetivo de los daños punitivos, en los países anglosajones, es el de castigar al demandado, por ejemplo, cuando ha difamado –*defamation*– o agredido físicamente –*battery*– a una persona o, simplemente, cuando con una conducta temeraria –*reckless conduct*– se infligió un perjuicio patrimonial o moral a la víctima. Véase a: Jowitt (1977).

27 Reiteramos que frente a la inexistencia de una norma a seguir para la tasación de la indemnización de este tipo de perjuicios, el Consejo de Estado ha propuesto para indemnizar en casos de muerte a los padres, hijos y cónyuges, desde el 2001, la suma de dinero equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales. Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (2001, 6 de septiembre) y Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (2006, 13 de febrero).

Ahora, téngase en cuenta que hay casos en los cuales el amor no existe entre los miembros de una familia. En este orden de ideas, el demandado puede, mediante pruebas, “cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 1992, 25 de noviembre, p. 665).

28 Ver: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Generales (1942, 3 de marzo) y Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (1989, 30 de noviembre).



*d'agrément*—, en virtud del cual se le indemniza a la víctima la privación de una vida agradable o la alteración de su vida exterior; se trata, entonces de la indemnización de la vida frustrada por el hecho imputable al agente, como por ejemplo, la privación de una actividad lúdica —lectura, deporte— o cualquier privación a la relación de vida que tenía la víctima con su entorno<sup>29</sup>. Piénsese en la amputación de los dedos de los pies y la desfiguración del rostro de una persona que le impiden lograr el equilibrio, la fuerza y otras funciones importantes, así como la adaptación a su medio.

Ahora, como lo ha aclarado la jurisprudencia (Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera, 2000, 19 de julio), el reconocimiento de este daño no se limita a los casos de lesiones materiales que producen alteraciones orgánicas, sino que se amplía a todas las situaciones que trastornan la vida de relación de un individuo. De igual manera anotamos que la víctima directa que no muere instantáneamente puede sufrir daños extrapatrimoniales de este tipo, que, desde luego, pueden ser reconocidos a sus causahabientes por vía hereditaria. Asimismo, su reconocimiento se extiende a todas las personas cercanas de la víctima que, por rebote o contragolpe, sufran personalmente perjuicios extrapatrimoniales, diferentes de los sufridos por la víctima directa. Por último, el reconocimiento del perjuicio no debe confinarse exclusivamente a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, porque puede estar relacionado, por ejemplo, con el esfuerzo excesivo de realizar actividades rutinarias.

La dignidad o la reputación de la persona natural o jurídica también es objeto de in-

De igual manera anotamos que la víctima directa que no muere instantáneamente puede sufrir daños extrapatrimoniales de este tipo, que, desde luego, pueden ser reconocidos a sus causahabientes por vía hereditaria. ●

demnización. Piénsese, por ejemplo, en las lesiones al prestigio ocasionadas por una detención injustificada (Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera, 1996 B, 12 de diciembre).

Finalmente, aunque se trata de un punto controversial, estimamos que la indemnización del daño extrapatrimonial también puede tener lugar en sede contractual. Sobre el particular vemos cómo el artículo 1613 C.C., que si bien no regula la indemnización de este tipo de daños —se refiere exclusivamente al daño patrimonial<sup>30</sup>—, por lo menos no prohíbe la indemnización del daño extrapatrimonial. De igual manera, sirviéndonos de una interpretación finalista, podemos extender al ámbito contractual las fórmulas establecidas en los artículos 2341 y 2359 C.C. que parecen ordenar la indemnización de “todo” tipo de daños.

En suma, estimamos que antes que reprimirla, el *Código civil* parece ocuparse de la indemnización de diversos perjuicios extrapatrimoniales. Sirvan de ejemplo los siguientes apartes: la indemnización del tutor o curador en beneficio del pupilo (artículo 632 C.C. en relación, por ejemplo, de una conducta in-moral que lesione las costumbres del pupilo, artículo 627 num. 5 C.C.) y la indemnización, en una cláusula penal, de obligaciones de valor inapreciable (artículo 1601 C.C.).

29 Véase a: Terré, Simler y Lequette (1999) y Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (2006, 5 de diciembre). Igualmente a Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (2005, 9 de junio) y Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera (2002, 21 de febrero).

30 Por su parte, en el ámbito extracontractual, el artículo 2341 parece referirse a “todo” daño.

En nuestra Carta Política, entre otros aspectos, se asegura el respeto al buen nombre y a la intimidad personal o familiar (artículo 15 ídem) y se protege la integridad física o espiritual y la honra de las personas (artículos 12 y 21 ídem); en estos términos, se salvaguardan intereses extrapatrimoniales. Por lo demás, recuérdese que en nuestra normativa se exige una indemnización integral del daño (artículo 16 de la ley 446 de 1998).

## CONCLUSIONES

Para terminar, queremos anotar lo siguiente: la indemnización reconocida a la víctima que ha sufrido un perjuicio cierto y antijurídico persigue dos finalidades diferentes:

- Por un lado, con la indemnización de los daños patrimoniales se persigue reparar el perjuicio patrimonial sufrido por una persona. Concretamente, con la indemnización se reconstruye el patrimonio de la víctima que ha experimentado un empobrecimiento por la producción del daño. Por esta razón se afirma que *“el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado”* (Corte Constitucional de Colombia, 2007). La indemnización, que cumple con un cometido estrictamente reparativo, está dirigida a “borrar” todas las consecuencias del perjuicio. De lo anterior

se infiere que la víctima, una vez indemnizada, debe quedar en el mismo estado en que se hallaría si no hubiera existido el perjuicio<sup>31</sup>.

- Por otro lado, la indemnización de los daños extrapatrimoniales no tiene como finalidad restablecer el *statu quo* de la víctima. La indemnización, incapaz de suprimir los efectos del daño, se reconoce como un justo “atenuante” de la lesión extrapatrimonial del perjudicado.

El que ha sufrido un daño no patrimonial, no puede con el equivalente pecuniario alcanzar un resultado final que se acerque a la situación anterior; o sea que el dinero no le permite obtener un bien semejante al correspondiente al de la integridad de su cuerpo, ni remediar su reputación dañada o volver a lograr la tranquilidad de espíritu que tenía con su reputación anterior (...). La mayor eficacia del resarcimiento del daño patrimonial, la paridad real del valor económico que permite alcanzar al perjudicado, es suficiente para aplicar al mismo la expresión ‘resarcimiento’ por lo que conviene preguntar si debe emplearse otra expresión para el remedio referente al daño no patrimonial (De Cupis, 1975)<sup>32</sup>.

De manera gráfica sostiene otro célebre autor que *“la indemnización del perjuicio extrapatrimonial no es reparativa sino paliativa”* (Starck, 1972, p. 58).

---

31 Podría pensarse que la indemnización de los perjuicios patrimoniales abraza consecuencias “retroactivas”.

32 Véase: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1992, 25 de noviembre)

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Berg, O. (2006). L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française. *Revue trimestrielle de droit civil*, (No.1-2006), 53-62.
- Boré, J. (1974). *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP, I, 2620. París: LGDJ.
- Cour de Cassation de Francia. (1996, 22 de octubre). Ch. Comm., 22 de octubre de 1996. B.IV, n°261 y D. 97.121, note: A. Sériaux.
- Deakin, S., Johnston, A. & Markesinis, B. (2003). *Tort Law*. (5 Ed.). United Kingdom: Oxford University Press.
- De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. (Á. Martínez, Trad.). Barcelona: Bosch.
- Domínguez, C. (2000). *El daño mora, tomo I*. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.
- Henao, J. C. (1998). *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jowitt, W.A. (1977). En *Dictionary of english law*. (2 Ed.). Londres: Burke
- Larroumet, C. & Bénac-Schmidt, F. (1989). *Responsabilité du Fait des Choses Inanimées. Répertoire Civil*. Paris: Dalloz.
- Malaurie, Philippe & Aynès, L. (1997). *Cours de droit civil, t.VI*. París: Cujas.
- Mantilla, F. & Ternera, F. (2004). *Temas de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídicos. Colección derecho privado. Tomo I*. Santiago de Chile, Chile: Universidad Diego Portales.
- Muñoz, L. (1995). *Tratado de probática judicial. La prueba de la culpa y el daño. Tomo IV*. Barcelona: Bosch.
- Real Academia Española. (1992). *Diccionario de la lengua española*. Madrid, España.
- República de Colombia, Consejo de Estado. (1967, 28 de junio). Sentencia del 28 de junio de 1967. *Anales, Tomo LXXII*.
- República de Colombia, Consejo de Estado. (1973, 7 de junio). Sentencia del 7 de junio de 1973. *Anales, Tomo. LXXXI*.
- República de Colombia, Consejo de Estado. (1994, 6 de abril). Sentencia del 6 de abril de 1994. *Expediente 1602*.

República de Colombia, Consejo de Estado. (1997, 22 de mayo). Sentencia del 22 de mayo de 1997. *Expediente* 11131.

República de Colombia, Consejo de Estado. (1998, 10 de septiembre). Sentencia del 10 de septiembre de 1998. *Expediente* 12009.

República de Colombia, Consejo de Estado. (1982, 6 de agosto). Sentencia del 6 de agosto de 1982. *Expediente* 3139.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (1989, 30 de noviembre). Sentencia del 30 de noviembre de 1989. *Expediente* 5424.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (1992, 12 de febrero). Sentencia del 12 de febrero de 1992. *Expediente* 7177.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (1994, 18 de abril). Sentencia del 18 de abril de 1994. *Expediente* 9084.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (1994, 28 de noviembre). Sentencia del 28 de noviembre de 1994. *Expediente* 9955.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (1996, 25 de abril). Sentencia del 25 de abril de 1996. *Expediente* 10646.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (1996, 22 de agosto). Sentencia del 22 de agosto de 1996. *Expediente* 10220.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (1996, 17 de octubre). Sentencia del 17 de octubre de 1996. *Expediente* 9685.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (1996, 21 de noviembre). Sentencia del 21 de noviembre de 1996. *Expediente* 9169.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (1996 A, 12 de diciembre). Sentencia del 12 de diciembre de 1996. *Expediente* 10805.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (1996 B, 12 de diciembre). Sentencia del 12 de diciembre de 1996. *Expediente* 10299.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (2000, 19 de julio). Sentencia del 19 de julio de 2000. *Expediente* 11842.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (2001, 10 de agosto). Sentencia del 10 de agosto de 2001. *Expediente* 12555.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (2001, 6 de septiembre). Sentencia del 6 de septiembre de 2001. *Expediente* 13.232 y 15.646.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera (2002, 21 de febrero). Sentencia del 21 de febrero de 2002. *Expediente* 11335.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (2005, 5 de mayo). Sentencia del 5 de mayo de 2005. *Expediente* 14970.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (2005, 9 de junio). Sentencia del 9 de junio del 2005. *Expediente* 15455.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (2006, 13 de febrero). Sentencia de 13 de febrero de 2006. *Expediente* 13.254.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (2006, 16 de agosto). Sentencia del 16 de agosto de 2006. *Expediente* 15187.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. (2006, 5 de diciembre). Sentencia del 5 de diciembre del 2006. *Expediente* 15846.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1993). *Sentencia* C-197 de 1993.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia* T-811 de 2005.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2007). *Sentencia* C-516 de 2007.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. (1922, 21 de julio). Sentencia del 21 de julio de 1922. *Gaceta Jurisprudencial*, XIX, 218.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1938, 14 de marzo). Sentencia del 14 de marzo de 1938. *Gaceta Jurisprudencial*, tomo XLVI, (1936), 211-217.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1938, 31 de mayo). Sentencia del 31 de mayo de 1938. *Gaceta Jurisprudencial*, tomo XLVI, (1936), 560-565.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1992, 25 de noviembre). Sentencia del 25 de noviembre de 1992. *Gaceta Jurisprudencial*, tomo CCXIX, 665.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1996, 12 de septiembre). Sentencia del 12 de septiembre de 1996. *Expediente* 4792.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (1999, 5 de octubre). Sentencia del 5 de octubre de 1999. *Expediente* 5229.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2000, 28 de junio). Sentencia del 28 de junio de 2000. *Expediente* 5348.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2004, 2 de marzo). Sentencia del 2 de marzo de 2004. *Expediente* 7623.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2005, 18 de mayo). Sentencia del 18 de mayo de 2005. *Expediente* 14415.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. (1942, 3 de marzo). Sentencia del 3 de marzo de 1942. *Gaceta Jurisprudencial*, tomo LII,(1977), 905.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. (1945, 25 de abril). Sentencia del 25 de abril de 1945. *Gaceta Jurisprudencial*, tomo CIII-CIV, 717.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. (1946, 27 de septiembre). Sentencia del 27 de septiembre de 1946. *Gaceta Jurisprudencial*, tomo LXI, 577.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. (1947, 13 de septiembre). Sentencia del 13 de septiembre de 1947. *Gaceta Jurisprudencial*, tomo.LXII, 892.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. (1951, 6 de julio). Sentencia del 6 de julio de 1951. *Gaceta Jurisprudencial*, tomo XX, 235.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. (1960, 29 de agosto). Sentencia del 29 de agosto de 1960. *Gaceta Jurisprudencial*, tomo XCIII, 593.

Starck, B. (1972). *Droit civil. Obligations*. París: Librairies Techniques.

Tamayo, J. (1999). *De la responsabilidad civil, tomo IV. De los perjuicios y su indemnización*. Bogotá: Temis.

Tamayo, J. (2007). *Tratado de la responsabilidad civil, tomo I*. Bogotá: Legis.

Ternera, F. (2007). *La realidad de los derechos reales*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Ternera, F. & Mantilla, F. (2004 A). La responsabilité objective du fait des activités dangereuses. *Revista de estudios socio-jurídicos*, 6, (2), 386-405. Colombia: Universidad del Rosario.

Ternera, F. & Mantilla, F. (2004 B). La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano. En: C. Pizarro (Ed.), *Temas de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídicos I* (pp. 235-247). Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.

Ternera, F. & Mantilla, F. (2005). La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual. *Revista Actualidad Jurídica*, 213-230. Santiago-Concepción: Universidad del Desarrollo.

Terré, F., Simler, P. & Lequette, Y. (1999). *Droit civil. Les obligations*. París: Dalloz.

Viney, G. (1982). *Les obligations. La responsabilité: conditions*. París: LGDJ.